

**Sustituir un convenio por otro como opción unilateral empresarial**

**SAN-SOC núm. 98/2019, de 30 de julio.**

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

**Resumen:** *Si la empresa considera que debe aplicar un Convenio Colectivo diferente al que venía aplicando, no puede eludir las reglas de la negociación colectiva mediante el recurso unilateral del procedimiento del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, aun cuando consiga el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Al menos, no, si la única causa subyacente es la adecuación funcional al ámbito del nuevo Convenio.*

**Palabras clave:** *Modificación sustancial, condiciones laborales colectivas, sustitución Convenio Colectivo, fraude de ley, ámbito negocial funcional.*

**Abstract:** *If the company considers that it must apply a Collective Agreement different from the one it has been applying, it cannot avoid the rules of collective bargaining through the unilateral recourse to the procedure of Article 41 of the Workers' Statute Act, even if he gets the agreement of the workers. At least, not, if the only underlying cause is functional alignment of the new Convention.*

**Keywords:** *Substantial changes of working conditions, collective working conditions, replacement Collective Agreement, fraud of law, functional scope of negotiation.*

---

**I. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Audiencia Nacional (Sala de lo Social).

**Número y fecha de la resolución judicial:** sentencia núm. 98/2019, de 30 de julio.

**Número de Recurso:** 86/2019.

**Procedimiento:** Conflicto colectivo.

**ECLI:**ES:AN:2019:3101.

**Fuente de consulta:** CENDOJ.

**Ponente:** Ilma. Sra. Dña. Emilia Ruiz Jarabo Quemada.

**Votos particulares:** carece.

## **II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

Como consecuencia de una adjudicación pública, la anterior adjudicataria (la empresa Hispanagua S.A) remite carta a sus trabajadores indicándoles que, en virtud de lo establecido en el Convenio Colectivo aplicable, el contrato será gestionado por una nueva empresa que se subrogará en los contratos de los trabajadores. Por su parte, la adjudicataria (Ullastres) remite asimismo comunicación a los trabajadores advirtiéndoles de tal circunstancia y consignando que los trabajadores se incorporarán a la plantilla de la adjudicataria en su centro de Vallecas. Los demandantes, trabajadores de este centro de Vallecas, pertenecían a la empresa pública anterior y, en todo momento, la relación entre estos trabajadores y la correspondiente empresa concesionaria, ha estado sometida al Convenio de la Construcción por su actividad principal. Cuando se licita el servicio y se publica el correspondiente pliego administrativo para su licitación, se recoge la obligación de que todos los trabajadores que están ejecutando las obras objeto del contrato en la actualidad tendrán derecho a subrogación en los términos establecidos a continuación: Convenio Colectivo del sector construcción y obras públicas de la Comunidad de Madrid para aquellos trabajadores a los que se les venía aplicando el mismo; y, respecto a los trabajos a los que no se les venía aplicando aquél, el adjudicatario estará obligado a subrogar a los trabajadores que presten su consentimiento en las condiciones que tienen en la actualidad.

La empresa demandada (Ullastres) tiene centros de trabajo en diferentes ciudades. Su plantilla actual consta de 182 trabajadores que, distribuidos según Convenio Colectivo, actualmente 32 se encuentran encuadrados en el Convenio de construcción y el resto (150 trabajadores) están incluidos en el Convenio del metal. La empresa notifica al delegado de personal del centro de Málaga su intención de iniciar un expediente de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo con el fin de proceder al cambio de aplicación de los Convenios Colectivos que actualmente vienen aplicando en los diferentes centros de trabajo de la misma según su ubicación geográfica, entendiéndose que es el Convenio del metal el más idóneo dada la actividad y el ámbito funcional del mismo. En la misma fecha se remite carta a los trabajadores del centro de trabajo de Madrid Vallecas que eligieron a un representante para asistir a la reunión de la Comisión negociadora. Este último envía un burofax a la empresa demandada manifestando su oposición a la fraudulenta utilización del procedimiento de modificación sustancial para evitar el juego del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores y la ausencia de justificación para dicho procedimiento en relación al centro de Vallecas.

Pese a ello, la empresa demandada inicia el período de consultas con el fin de someter las relaciones laborales a un nuevo Convenio Colectivo, el Convenio estatal sobre empresas de aguas potables y residuales, más adecuado por el ámbito funcional del mismo. Superado dicho período y con la conformidad de algunos de los representantes de los trabajadores, la empresa decide aplicar a todos los trabajadores adscritos a procesos productivos el citado Convenio de de aguas potables y residuales vigente en cada momento. Dicho Convenio Colectivo sustituirá a los provinciales aplicados, tanto al de siderometalurgia como al de construcción. Entre otras consecuencias, se aplicará la estructura salarial y las tablas establecidas en el nuevo Convenio. No obstante, lo anterior dicha modificación de la estructura salarial no supondrá perjuicio alguno para los trabajadores, aplicándose un “plus de adaptación al Convenio”. Sin embargo, en el Acuerdo de adaptación se hace una equiparación de las categorías o grupos profesionales de los Convenios Colectivos precedentes con el de captación de aguas. Pues bien, según las tablas salariales de los diferentes Convenios Colectivos antes aplicados, los salarios del nuevo Convenio del ciclo del agua que pretende aplicar la empresa son inferiores anualmente a las antes percibidas.

En el centro de Vallecas la modificación afectará a 32 trabajadores. Varios de estos trabajadores presentan demandas de reclamación de cantidad pero, en el procedimiento que origina la sentencia que se analiza, se solicita que se dicte

sentencia por la que, con estimación de la demanda, se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión adoptada, condenando a la empresa a reintegrar a los trabajadores demandantes en sus anteriores condiciones laborales.

### **III. Posiciones de las partes**

La organización sindical demandante solicita la nulidad de la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, llevada a cabo por la empresa y notificada a través de comunicaciones individuales a los trabajadores, por la que se establece la aplicación a los trabajadores de un Convenio Colectivo diferente al que regulaba sus relaciones laborales hasta la fecha, alterando sus principales condiciones laborales (jornada, sistema de remuneración, cuantía salarial). En consecuencia, se solicita que les sigan aplicando el Convenio Colectivo por el que venían regulándose con anterioridad, así como las condiciones laborales que tenían con anterioridad. Subsidiariamente, se demanda la declaración de no ajustada a derecho de dicha medida.

La nulidad se basa en la inadecuación del procedimiento por considerar que no resulta adecuado el recurso al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, siendo necesario someterse a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores para cambiar el Convenio Colectivo de aplicación. Y no es reconducible el procedimiento puesto en marcha por la empresa a lo dispuesto en este precepto habida cuenta que no existe legitimación en los negociadores para negociar un Convenio Colectivo conforme a lo previsto en artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores pues se vulneraría, en este caso, el principio de correspondencia.

Los representantes de dos centros de trabajo se oponen a la demanda. Formaron parte de la comisión negociadora, votaron y aceptaron el cambio de Convenio. Por su parte, el letrado de la empresa demandada también se opone a la demanda por lo que se refiere a los trabajadores del centro de Vallecas. Es cierto que en dicho centro la empresa demandada resultó adjudataria y se obligó a mantener el Convenio aplicable en el momento de la licitación, lo que ha sido respetado por la empresa hasta que ha finalizado con acuerdo el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. El acuerdo se ha adoptado por mayoría de los miembros de la comisión negociadora. Respecto al procedimiento seguido, el procedimiento adecuado para cambiar el Convenio Colectivo de aplicación es el establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en el que se dispone que, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas que generan las modificaciones y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Esa presunción posee una doble vertiente: la referida a la carga probatoria y la restrictiva de los motivos de impugnación. Ya no pesa sobre el empleador la obligación de acreditar la realidad de las causas. En todo caso, la causa principal es organizativa siendo más adecuado el ámbito funcional del nuevo Convenio Colectivo que el de los Convenios anteriores.

Por último, el Ministerio Fiscal entiende que el acuerdo alcanzado, ahora impugnado, no vulnera el derecho fundamental de negociación colectiva y de libertad sindical, por lo que no se aprecia vulneración de derechos fundamentales.

### **IV. Normativa aplicable al caso**

#### **Artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores:**

*“Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará*

*circunscribida a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes”.*

**Artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores:**

*“Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.*

*Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias...”*

**Artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores:**

*“Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”.*

**Artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores:**

*“En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.*

*La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”.*

**Artículo 138.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social:**

*“La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa.*

*La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días.*

*La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.*

*Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108”.*

**V. Doctrina básica**

*“El art. 41 ET no permite de forma indiscriminada que el empleador modifique condiciones colectivas cuando en las previsiones del cualquier modificación de esta naturaleza viene condicionada a la existencia de “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” - art. 41.1 ET - y a un concreto procedimiento*

de modificación - art. 41.4 -...habida cuenta que no ha resultado justificada la imposición de tal convenio colectivo por las razones expuestas, huelga decidir si este se ajusta a la actividad empresarial que desarrolla la demandada" (FJ 5).

"Constando la obligación subrogatoria en el pliego de condiciones técnicas de la contrata, y al haberse producido sucesión de plantilla al contratar la empresa entrante la mayor parte de los trabajadores adscritos a la contrata por la empresa contratista saliente, se impone subrogación del nuevo contratista en la posición jurídica del empleador saliente que, además así lo impone el convenio colectivo de aplicación" (FJ 4).

"Ha de recordarse que el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca..., lo que puede hacerse - como en el abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el art. 1253 CC (actualmente, arts. 385 y 386 LECiv)...; y aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma....de todas formas, es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley ..." (FJ 4).

"Parece, pues, que las partes son libres de establecer el ámbito de aplicación del convenio, pero, aparte las limitaciones derivadas de la articulación entre convenios y de las reglas sobre legitimación del artículo 87 del E.T., existe una limitación que, como señalamos en nuestra sentencia de 20 de septiembre de 1.991, deriva de la necesidad de que el ámbito de aplicación de un convenio "se defina de acuerdo con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por el convenio y su correspondencia con los niveles de estabilidad exigidos" (FJ 4).

"En el caso examinado, la empresa notifica a los trabajadores su intención de iniciar el expediente de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo con el fin de proceder al cambio de aplicación de los convenios colectivos que actualmente se vienen aplicando en los diferentes centros de trabajo de la misma por considerar que resulta de aplicación otro convenio, dada la actividad y el ámbito funcional del mismo, sin que en ningún momento alegará la concurrencia de causa alguna y se limita a aportar, un informe técnico sobre "análisis de los procesos organizativos y productivos de Ullastres, S.A. " (FJ 4).

"La empresa en ningún momento alegó la concurrencia de causa alguna, se limitó a indicar que iba a aplicar un nuevo convenio colectivo a parte de sus trabajadores y lo cierto es que el acuerdo colectivo en que se inserta la medida luego comunicada a los trabajadores se ha suscrito en fraude de ley habida cuenta que una medida tan drástica como es el cambio del convenio colectivo que se venía aplicando pacíficamente a otro, no aparece justificada de manera que tal medida colectiva de modificación aparece como medida de mera conveniencia empresarial, que tal vez en términos de rentabilidad empresarial, pueda ser adecuada para la empresa pero sin que ello se justifique en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ya que se limitó a aportar un documento denominado "análisis de los procesos organizativos y productivos" (FJ 4).

"Por tanto, no cabe cambiar los convenios al amparo del artículo 41, sin concurrencia de causa alguna, y si la empresa entiende que debe aplicar un convenio colectivo diferente a los que venía aplicando.... la vía no es sustituir el convenio por lo que se acuerde con la parte social en el procedimiento del artículo 41.4 ET porque busca omitir la aplicación de la norma convencional, sustituyéndola por lo que se acuerde con la parte social. Hay que tener en cuenta que los trabajadores no pueden disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo, - artículo 3.5 ET -, de manera que tampoco le es posible a los trabajadores renunciar al convenio que les venía siendo aplicable para someterse a otro ya que, los convenios colectivos obligan a los trabajadores y a los empresarios todo el tiempo de



su vigencia, - artículo 82.3 ET -, de manera que no cabe una propuesta de la empresa para convenir con y la Comisión negociadora el cambio a otro convenio distinto a través del procedimiento del artículo 41 sin concurrir causas económicas técnicas u organizativas o de producción. Todo lo cual determina la concurrencia de fraude de ley en la actuación empresarial y la declaración de nulidad de la medida impugnada" (FJ 4).

"Además, por lo que se refiere a los trabajadores del centro de Vallecas... constando la obligación subrogatoria en el pliego de condiciones técnicas de la contrata, y al haberse producido sucesión de plantilla al contratar la empresa entrante la mayor parte de los trabajadores adscritos a la contrata por la empresa contratista saliente, se impone subrogación del nuevo contratista en la posición jurídica del empleador saliente que, además así lo impone el convenio colectivo de aplicación" (FJ 4).

"Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de octubre de 2011 (Recurso 806/2019) al afirmar que el deber de subrogación de la nueva contratista en su supuesto de hecho análogo al anteriormente citado, pues "...ninguna salvedad se incluye que permita, a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos cuya vinculación la recurrente rechaza ". Argumentando incidentalmente que excluir la subrogación admitiendo la autoexclusión supondría una regla de competencia ilícita con las empresas del sector" (FJ 4).

"No sólo se trata de un acuerdo cerrado en un cortísimo lapso de tiempo inmediato posterior a la subrogación, sino que, además, incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante. Hemos de afirmar que de este modo se elude una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio. De esta forma la sucesión empresarial se produce con alteración de las condiciones para los trabajadores, contraviniendo así las disposiciones convencionales y legales que consagran aquellas garantías" (FJ 4).

"(En consecuencia), la empresa no puede modificar sustituyendo de forma súbita, la normativa convencional que, desde siempre y pacíficamente, venía aplicando a sus trabajadores, por otra cuyo ámbito convencional no está acreditado coincida con su actividad preponderante" (FJ 5).

## **VI. Parte dispositiva**

"Estimamos las demandas formuladas...en nombre y representación de los trabajadores integrantes del centro de trabajo de Madrid-Vallecas... y declaramos la nulidad de la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, llevada a cabo por la empresa y notificada a través de comunicaciones individuales a los trabajadores;... y, en consecuencia, que les sigue siendo de aplicación a dichos trabajadores el convenio colectivo por el que venían regulándose con anterioridad, reintegrando a los trabajadores en sus anteriores condiciones laborales, así como la jornada de trabajo que tenían, y el sistema de remuneración y cuantía salarial y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración".

"Por lo expuesto, se ha de concluir, que, pese al Acuerdo, que presume la causa, la inexistencia de la misma determina la declaración de ser nula la modificación de condiciones de trabajo que impuso Ullastres SA a los demandantes debiendo ser repuestos en las que disfrutaba con anterioridad, tal y como se solicita en demanda".

## **VII. Pasajes decisivos**

"Para resolver esta cuestión, conviene precisar, como recoge la SAN de 28-05-2009, nº 47/2009, rec. 51/2007 que, " El convenio colectivo estatutario es una norma, integrada en el sistema de fuentes del derecho del trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 ET, cuya aplicación no es disponible, puesto que vincula

*a todos los empresarios y trabajadores, incluidos dentro de sus ámbitos funcionales, personales y territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37, 1 CE, en relación con el artículo 82, 3 ET, siendo criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencias del TS 10-07-2000; TS 20-01-2009, rec. 3737/2007 y por la doctrina judicial, por todas, sentencia del TSJ Cantabria 12-09-2008, que el convenio colectivo aplicable viene determinado por la actividad preponderante de la empresa". Pero también hay que tener presente que el art. 41 ET no permite de forma indiscriminada que el empleador modifique condiciones colectivas cuando en las previsiones del cualquier modificación de esta naturaleza viene condicionada a la existencia de "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" - art. 41.1 ET - y a un concreto procedimiento de modificación - art. 41.4 -, de forma que sólo con el concurso de tales requisitos causales y de forma puede aceptarse legalmente aquella modificación" (FJ 4).*

*"El art. 41.4 in fine del ET dispone una presunción de concurrencia de causa legal para la modificación sustancial si el periodo de consultas concluye con acuerdo, para dar así certidumbre y seguridad a las partes que alcanzaron el acuerdo, en cuyo caso "sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión", presunción que puede entenderse "iuris tantum" y no "iuris et de iure", eso sí, trasladándose a quien impugna la decisión la carga de desvirtuar la concurrencia de la causa" (FJ 4).*

## VIII. Comentario

Existen dos aspectos que concurren en este pronunciamiento. Por una parte, la posible vulneración de la obligación de subrogación en las condiciones laborales de quienes, tras una adjudicación pública, deben respetar el Convenio Colectivo en vigor. Y, por otro lado, la utilización del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para sustituir un Convenio Colectivo por otro.

Parece que la utilización del procedimiento de modificación sustancial resulta más idónea para la empresa que el recurso a la inaplicación de Convenio del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores. Dos razones facilitan tal conclusión. La primera, un procedimiento que no está abocado a la obtención de un acuerdo –como sí procedería en el caso del “descuelgue”–; y, la segunda, que, alcanzado el acuerdo, no se podría cuestionar la justificación de la causa (económica, tecnológica, organizativa o productiva) esgrimida por la empresa para efectuar la modificación correspondiente, procediendo su impugnación tan sólo ante la constatación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Ocurre, sin embargo, que, como bien señala la sentencia, no se trata de una opción empresarial por cuanto la modificación sustancial responde a una necesidad –posiblemente única o plural- de modificar ciertas condiciones laborales, aunque sean éstas colectivas, tras un período de consultas pero con total libertad por parte de la empresa. Por el contrario, la sustitución de un Convenio Colectivo integra la voluntad de los trabajadores –representados en la negociación y sujetos de la aplicación de la norma en cuestión- que no podrán disponer sobre la aplicación de un Convenio Colectivo. En consecuencia, y aun cuando las causas pudieran ser concurrentes –de hecho, el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores remite a las causas del artículo 41 de dicho texto legal-, las circunstancias que conducen a su consideración son bien distintas. En un caso, una actuación unilateral sobre una o varias condiciones laborales; en otro, una voluntad colectiva de negociar una nueva norma convencional.

Que la sustitución de un Convenio por otro no puede tramitarse mediante el procedimiento de modificación sustancial parece razonable cuando la causa alegada por la empresa es precisamente ésta, la de la sustitución de una norma por otra. De ser así, como se apuntara, deberá acudir a negociar un nuevo Convenio o a seguir el procedimiento para inaplicar el ya existente. Mas, si realmente existiera una causa, distinta a la señalada –algo que no ocurre en el supuesto analizado-, sí cabría considerar dónde está el límite para la aplicación de una norma respecto de otra. Porque, en definitiva, lo que pretende el empresario es alterar las condiciones de trabajo. Y, sí, puede ser que sólo aluda a unas concretas (asignación de nuevas

funciones o categorías profesionales) pero su variación repercute en el resto de condiciones laborales (cuantía del salario o jornada). La globalidad de su decisión, la voluntad confesa de sustituir un Convenio por otro y la adecuación a sus propios actos que persiguen aplicar un nuevo Convenio sin esperar al final de la vigencia del existente o eludiendo la negociación de la nueva norma convencional impedirían el recurso al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

A todo ello se añade el derecho de los demandantes a que se mantengan sus condiciones laborales tras la subrogación empresarial. En este caso, porque, en la licitación pública, se recoge tal obligación expresamente. Podrá discutirse si, en estos casos, procede o no la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores pero, aunque se llegara a una conclusión negativa, los términos de la sustitución en la adjudicación contemplan una subrogación convencional, esto es, una subrogación impuesta por el Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores de la adjudicataria. Eso no significa que, con posterioridad, las condiciones laborales de dichos trabajadores no puedan ser modificadas bien porque se recurra al procedimiento del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, bien porque, finalizada la vigencia de su Convenio, se decida el sometimiento a otro Convenio distinto, en concreto el nuevo Convenio que resulte de aplicación a la entidad económica que se transmite, ex artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores. Pero para que dicha sustitución sea posible se requieren ciertas garantías a efectos del cumplimiento de la obligación derivada de la sucesión de empresa y del mantenimiento de las condiciones laborales del personal subrogado. En primer lugar y, al menos, incluir en la negociación de las nuevas normas a los representantes de dichos trabajadores y, en segundo término, respetar un "mínimo cronológico indispensable" para afianzar la relación de estos trabajadores con la nueva empresa pues, de lo contrario, cualquier alteración del *statu quo* se considerará nulo.

Procede recordar aquí la dicción del artículo 130 de la nueva Ley 9/2017, 8 de noviembre, BOE, 9 de contratos del sector público al exigir "información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo". En atención al mismo, cuando una norma legal, un Convenio Colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación. En consecuencia, la nueva adjudicataria debía conocer las circunstancias de la subrogación por lo que esta obligación no puede ser la causa que origine la necesidad de sustituir un Convenio por otro pues precisamente las normas que garantizan la sucesión empresarial -también en el ámbito público- protegen la inalterabilidad de las condiciones de los trabajadores subrogados.

## **IX. Apunte final**

No es la primera vez -ni será la última- en que se intenta confundir el ámbito de aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores con el del artículo 82.3 de dicha norma legal. Las causas que justifican la alteración de las condiciones de trabajo pueden resultar similares o próximas, la lista de materias puede parecer semejante, el posible acuerdo alcanzado en la vía unilateral permitiría reproducir una conclusión material pareja, etc. Pero no. El legislador laboral prohíbe el uso del artículo 41 para modificar condiciones establecidas en Convenios Colectivos y, si la intención confesa del empleador es sustituir un Convenio por otro por entender que, tras la adjudicación de un servicio, el nuevo Convenio se ajusta mejor al ámbito funcional de su actividad, el objetivo mediato no es otro que el de modificar las condiciones establecidas en un Convenio Colectivo. Mas la vía natural para conseguir dicho objetivo es el de la propia negociación colectiva pues, de lo contrario, el recurso a la actuación unilateral supondrá vulnerar un derecho fundamental de los trabajadores, en su vertiente colectiva, como es el de la libertad sindical que, como es sabido, se manifiesta, entre otros aspectos, a través de la negociación. Y, aun cuando la empresa pudiera intentar presentar su actuación como la necesidad de modificar algunas condiciones laborales,



el alcance global de su intención y la afectación de condiciones contenidas en una norma convencional estatutaria impedirían tal pretensión en los términos expuestos.